

EL CONTRATO DE FRANCHISING

Marco Antonio Vellilla Moreno
Abogado egresado de la Universidad Pontificia
Bolivariana.

La actividad económica de la empresa se traduce en diversas técnicas contractuales que pueden agruparse en diferentes categorías:

1. *Los Contratos relativos a la Producción* (como el contrato de trabajo, los contratos de fabricación, los contratos de transferencia de tecnología, entre otros.);

2. *Los Contratos relativos al aprovisionamiento de la Empresa* (como el contrato de transporte y el contrato de suministros);

3. *Los Contratos relacionados con la Moneda y el Crédito* (donde se encuentran las principales modalidades del crédito bancario tradicionales, así como las modernas técnicas de crédito: el Leasing y el factoring).

4. *Los Contratos relativos a la Distribución* (como la Agencia comercial y el contrato de Franchising, también denominado franchise o franchisage).

Es importante definir previamente la distribución como concepto económico y de marketing, antes de hacerla objeto del análisis jurídico. La Distribución es una actividad económica que se ubica entre la producción y el consumo. Puede definirse como el conjunto de operaciones por las cuales un bien después de producido, o una prestación de servicio después del momento de su concepción, es vendido o suministrado al comprador o consumidor. El marketing es por su parte la actividad comercial que se ejerce para satisfacer necesidades que son muy frecuentemente creadas o provocadas artificialmente, haciendo circular una producción que aumenta sin cesar para el desarrollo de la empresa, ya que crea el vínculo entre el producto y el consumidor.

En síntesis, si un empresario pretende llegar al público que necesita la distribución de sus productos o servicios, puede celebrar y ejecutar contratos de cambio y contratos de asociación. Entre la gran variedad de los contratos de cooperación, encontramos dos figuras que muy frecuentemente se confunden por la doctrina: la concesión y el franchising.

La distribución como fenómeno económico y de marketing, puede estar enmarcada dentro una legislación que puede como diría el conocido autor francés Jean Claude Fourgoux "verse orientada

hacia la edad media, o bien aceptar una nueva forma de brujería". La Edad Media sería para él, la desconfianza de todo lo que se imagine novedoso para hacer vender y que supere las costumbres comerciales, mientras que lo que denomina la "brujería futurista", no es otra cosa que apelar a la magia de los procedimientos, a la inspiración, sin preocuparse en algunos casos de la ética y de la moral clásica del comercio. Según los países, la regulación oscila entre estos dos polos.

La organización de la distribución comercial desde el punto de vista de las estructuras jurídicas puede hacerse bajo dos grandes presupuestos a saber:

1. Los distribuidores subordinados, entendiéndose por tales, tanto aquellos que se encuentran vinculados mediante una relación inscrita dentro del contrato de trabajo como los vendedores y representantes comerciales, y aquellas situaciones donde la dependencia deriva más de la calidad de comerciante y del mandato, entre los cuales podemos citar, los comisionistas, los corredores y naturalmente la importante institución de los agentes comerciales.

2. Los distribuidores independientes, por su parte, pueden ser bien distribuidores exclusivos simples, como cuando se pacta el suministro exclusivo a un distribuidor que impone esta condición, o este último se obliga con un proveedor a aprovisionarse de él exclusivamente, o también cuando se presenta una exclusividad recíproca porque la limitación a la libertad de contratar es para las dos partes, como en el caso de los contratos de Concesión y de Franchising.

Algunos han definido la concesión como un contrato por medio del cual "un comerciante denominado concesionario, coloca su empresa de distribución al servicio de un comerciante o industrial denominado concedente, asegurando de esta manera la exclusividad de la distribución (reventa de sus productos) sobre un territorio determinado, durante un período limitado y bajo la vigilancia del concedente". Hay que destacar en esta definición que es el Concesionario quien se compromete a comprar lo que el Concedente se compromete a venderle, y en consecuencia, el primero es quien coloca su empresa al servicio del que le suministra y no la inversa.

El contrato de concesión permite al concedente "colocar en marcha una cadena de concesionarios cuyas empresas, sometidas a su control, constituyen un aparato comercial perfectamente integrado, en puntos de venta cuidadosamente repartidos". Este

contrato de concesión tiene grandes ventajas para el concedente: no tiene que hacer inversiones financieras previas y posee una gran libertad para establecer nuevas concesiones o renovar las existentes, ya que los concesionarios son considerados como comerciantes independientes.

Los concesionarios si bien sacrifican una parte de su libertad sin que se les garantice que existirá una renovación posterior de su contrato, se benefician por otra parte del peso económico y del dinamismo comercial del concedente en el mercado, garantizándoseles por parte del concedente, que no utilizará al menos durante el tiempo de duración del contrato, otros circuitos de distribución sobre el territorio asignado al concesionario, que eventualmente puedan parecerle más interesantes.

La concesión comercial se adapta mejor a aquellos bienes cuya distribución necesita la intervención de un vendedor calificado o la prestación de un servicio post-venta; por lo que se refiere generalmente a bienes durables de consumo, cuyo ejemplo principal fue el sector de los automóviles. Sin embargo, también fue profusamente utilizada anteriormente para integrar los bares donde se expendía cerveza, mediante contratos de exclusividad con ciertas marcas. Un poco después por las grandes compañías petroleras para integrar las cadenas de los distribuidores de gasolina.

El Contrato de Franchising ha sido definido por la Corte de Justicia de Comunidades Europeas en una decisión del 28 de enero de 1986 como una fórmula por la cual: "una empresa que se ha instalado dentro de un mercado como distribuidor y que ha podido por ese motivo perfeccionar un conjunto de métodos comerciales, acuerda mediante remuneración a ciertos comerciantes independientes, la posibilidad de establecerse en otros mercados, utilizando su enseña y los métodos comerciales que la han llevado a triunfar. Mucho más que un modo de distribución, se trata de explotar financieramente, sin comprometer capitales propios, un conjunto de conocimientos. Este sistema abre por otra parte a comerciantes desprovistos de la experiencia necesaria, el acceso a métodos que no habrían podido adquirir sino después de largos esfuerzos de investigación y el hecho de beneficiarse de la reputación de un signo. Los contratos de franquicia, se diferencian en ésto de los contratos de concesión de venta, o de los que vinculan a revendedores unidos en un sistema de distribución selectiva, que no implican ni la utilización de una misma enseña, ni aplicación de métodos comerciales uniformes, ni pago de regalías como

contrapartida de las ventajas que les han sido acordadas”.

En los contratos de Concesión y de Franchising estamos en presencia de contratos sinalagmáticos donde la exclusividad de una parte es la causa de la otra. En realidad el contrato de concesión y el de franchising tienen ciertas características comunes como el derecho a utilizar la enseña en ambos casos por parte del concesionario y del franquiciado respectivamente, el contrato de licencia de marca y el contrato de asistencia que puede referirse a diferentes aspectos como el técnico propiamente dicho, el comercial, el financiero, el contable, el laboral y de relaciones industriales, o el tributario entre otros.

Sin embargo las relaciones contractuales en el contrato de franchising se distinguen de las que se desprenden del contrato de concesión, ya que mientras en el primer caso son esencialmente las de un revendedor con un proveedor, en el segundo por los conocimientos y asistencia (*know how* o *savoir faire*) del franquiciante, el franquiciado acepta pagar una remuneración.

El Franchising tampoco puede asimilarse a un simple contrato de asistencia técnica, en la medida en que su articulación esencial se efectúa alrededor de la enseña o marca del franquiciante. El Contrato de Franquicia reposa en síntesis sobre dos pilares esenciales para su desarrollo: *La marca y el savoir faire o Know how*.

La marca, elemento esencial de la franquicia, es con la enseña, el nombre comercial, la denominación social, la piedra angular del sistema, cualquiera que sea el tipo de franquicia que se escoja. Desde que se firma el contrato, el franquiciante coloca la marca de la cual él continúa siendo propietario, a disposición del franquiciado. En los contratos de franquicia figura por este motivo muy detallada la obligación de mantener la imagen de marca.

En materia de franquicia, el *know how* (*savoir faire*) es un conjunto de conocimientos relativos a los métodos de fabricación, de comercialización, de gestión, de financiamiento de los productos y de los servicios. Esta experiencia que no es patentable, pero que no se encuentra al alcance de una persona que se inicia en el negocio, es transmisible por un contrato.

Mientras que la concesión vincula generalmente a un fabricante de productos (sector secundario) con un comerciante (sector terciario de la economía), la franquicia es concluida más frecuentemente, entre un inventor de ideas o un lanzador de

conceptos (Know how, marca, enseña, slogans publicitarios, entre otros) y un comerciante.

Por otra parte, existen ciertos elementos que son característicos sólo de uno de los dos contratos, y que generalmente no aparecen sino de una manera muy accesoria o eventual en el otro. Ciertas cláusulas como la de aprovisionamiento exclusivo que evidentemente no se encuentran en las franquicias de servicios, o más aún, la cláusula de asistencia que es esencial en el contrato de franquicia, pero que se encuentra ausente generalmente en el contrato de concesión.

El franchising se analiza sobre el plano económico, como una fórmula de cooperación entre empresas. El franquiciante, productor, distribuidor o quien presta servicios, sea comerciante o no comerciante, concede su nombre y suministra sus servicios a minoristas o a quienes prestan servicios independientes, en este caso los franquiciados, para permitirles participar de su éxito comercial.

El franquiciado se beneficia de la experiencia comercial adquirida por el franquiciante, quien le aconsejará, le formará, y le asistirá en la gestión de su empresa. El franquiciante podrá de esta manera, sin invertir o casi sin hacerlo, multiplicar los puntos de distribución de su enseña y crear lo que se denomina el "efecto de cadena", o en otras palabras una red de distribución.

La franquicia no sólo tiene por objeto la distribución de productos o de servicios, sino también igualmente la producción de bienes. Esta segunda modalidad se califica como franquicia industrial, y en ésta, el franquiciante transfiere a los franquiciados una tecnología que puede ser patentada o no, y su asistencia técnica o comercial para permitirle fabricar productos que a continuación serán vendidos por estos últimos, bajo una marca común que concede el franquiciante, como es el caso de "Yoplait", "Coca Cola", "Standarm" y "Saret". En este evento, el franquiciante utiliza esta clase de franquicia ya que no quiere ser productor, y prefiere invertir en la tecnología y en la investigación, o en otros casos porque quiere conquistar un mercado extranjero, sin necesidad de invertir en nuevas instalaciones como es el caso de "Coca Cola".

La Corte de Justicia de Comunidades Europeas en una decisión del 28 de enero de 1986, se refiere a los diferentes tipos de franquicia, precisando lo siguiente: "Es necesario distinguir diferentes especies de contratos de franquicia y principalmente los contratos de *franquicia de servicios* en los cuales el franquiciado ofrece un servicio

bajo la enseña, el nombre comercial, en otras palabras la marca del franquiciante, y sometiéndose a las instrucciones de este último; los contratos de *franquicia de producción* en virtud de los cuales el franquiciado fabrica, el mismo, según las indicaciones del franquiciante, los productos que vende bajo la marca de este último; y finalmente, los contratos de distribución en virtud de los cuales el franquiciado se limita a vender ciertos productos en un almacén que lleva la enseña del franquiciante" (Arret Pronuptia, att. 13, G.P. 1986-1-198. Lamy Droit Economique, No. 3506, pag. 982).

A la primera categoría pertenecerían el alquiler de automóviles como por ejemplo "Avis", "Hertz" y Rentacar, o en el sector de la hotelería "Novotel", Holiday Inn, y "Hilton". Dentro de la franquicia de producción podemos citar a "Rodier" y "Phildar". En relación con las franquicias de distribución (productor/comerciante mayorista; productor/comerciante minorista; comerciante mayorista/comerciante minorista) podemos citar además de las franquicias que celebran las empresas petroleras con los expendedores de combustible, y más concretamente, "Levitan", "But" y la "Porcelana Blanca".

Al constituir contratos atípicos la concesión y la franquicia, su desarrollo en el derecho comparado obedece fundamentalmente a una evolución jurisprudencial que ha pretendido enmarcarlos generalmente dentro de ciertas figuras clásicas, lo que entorpece ciertamente su desarrollo, por la incertidumbre a que da lugar, la ausencia de unanimidad en su tratamiento.

Relación con el mandato de interés común: Tanto el mandante como el mandatario tienen interés por el crecimiento de la clientela y desarrollo de la empresa. El fin esencial del mandato lo constituiría el poder desarrollar las ventas dentro de un sector específico, y realizar para beneficio mutuo, una mayor cifra de ventas. En este aspecto es necesario precisar que el mandatario obra en nombre y por cuenta del mandante, mientras que el concesionario compra y revende en su nombre y por su propia cuenta.

Relación con el Contrato de trabajo: El contrato de franchising tiene como consecuencia más o menos directa "alienar" una parte de la independencia del franquiciado. El control del franquiciante se ejercerá sobre la aplicación de los métodos de fabricación y venta del franquiciado para poder así mantener la unidad de la cadena. El franquiciante tiene derecho a conocer la contabilidad del negocio del franquiciado, puede delegar sus poderes de inspección en sus

representantes para ejercer los controles previstos en el contrato dentro de los locales de propiedad del franquiciado. En principio, los poderes de control no deben privar al franquiciado de su independencia y convertir el contrato de franquicia en un contrato de trabajo pura y simplemente.

En efecto, si se ejerce sobre el distribuidor un control demasiado estricto; o cuando las condiciones precisas de explotación le son impuestas no dejándole ninguna iniciativa o autonomía en la dirección de la empresa, el contrato de franchising puede correr el riesgo de ser calificado como una relación de trabajo de las que se rigen por el código sustantivo de la materia. El franquiciante no puede intervenir en la administración del franquiciado (por ejemplo en cuanto al despido de los trabajadores, asignación y aumento de salarios, concesión de vacaciones o bonificaciones o dando órdenes), sustituyéndose de hecho en la dirección normal de la empresa. Un aspecto interesante para analizar es hasta dónde en presencia de ciertos elementos, es posible que se presente la solidaridad frente a las obligaciones laborales.

En realidad, las condiciones de explotación de la franquicia se derivan es de la exclusividad que otorga el franquiciante, y nunca del elemento subordinación, en el sentido y alcance del derecho laboral. El franquiciado o el concesionario vende por su propia cuenta la mercancía que le deja en consignación o mediante venta cerrada el franquiciante o el concedente. Otros indicios que afirmarían las características del contrato de franchising serían por ejemplo el que los primeros estuvieran registrados mercantilmente bajo su propio nombre, y lo que es más importante que se tenga por parte de estos la propiedad del establecimiento de comercio.

Relación con la sociedad de hecho: Aunque en principio el contrato de franchising o de concesión es por una parte un contrato de colaboración, y no de sociedad, y por la otra, el franquiciante y el concedente tienen una posición dominante en el mismo, hay que precisar ciertos detalles para evitar que pueda darse una asimilación a una sociedad de hecho. Esta calificación tendría como presupuestos por ejemplo el que se colocaran aportes por las dos partes o que el distribuidor por ejemplo aportara su trabajo como socio industrial; la existencia del "affectio societatis", y que además las partes en el contrato aceptarán por ejemplo el compartir las pérdidas o un porcentaje de utilidades para cada uno. En este caso podría presentarse que ambos contratantes respondieran

solidariamente frente a los acreedores conforme al artículo 499 del código de comercio.

Trataremos en una Primera Parte, las diferentes partes en el contrato de franchising, y en un Segunda Parte, las consecuencias de su terminación.

I. LAS DIFERENTES PARTES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

A. EL FRANQUICIANTE

La franquicia es una técnica de desarrollo que permite a una empresa, el dar en licencia su marca y sus métodos originales, o lo que se llama su Know How (savoir faire) a una tercera persona, sea física o moral con el objeto de obtener rendimientos económicos de sus conocimientos.

Es una técnica que le permite a la empresa autofinanciar su propio desarrollo mediante el recibo de regalías y, por otra parte, apoderarse del mercado de una manera más rápida. Este contrato conduce a una valorización también muy rápida de la marca y asegura un dominio sobre la distribución, por la fidelidad que se va a originar en relación con la cadena. Otras ventajas relacionadas con la franquicia son las de efectuar economías de escala, preparar operaciones financieras específicas, obtener la fidelidad del consumidor hacia el producto de parte de los consumidores, y permitir una innovación permanente.

1. *Autofinanciar su desarrollo:* Con poca inversión, el franquiciante obtiene un importante desarrollo potencial. Tan pronto como se celebra el contrato comienza a percibir regalías, lo que le permite reinvertir en la franquicia, mejorar aún más su fórmula bien sea en la producción, la distribución o en los servicios, en otras palabras organizando la creatividad y la innovación en su empresa.

2. *Adueñarse rápidamente del mercado:* La multiplicación rápida de los puntos de venta contribuye en este sentido, en detrimento de competidores menos estructurados y menos sólidos económicamente.

3. *Valorizar y capitalizar la marca:* El esfuerzo publicitario de las partes en el contrato de franchising, hace más conocida la marca, más sólida y más alto su valor para la celebración de futuros contratos.

4. *El manejo o dominio de la distribución:* La franquicia permite

un nexo directo entre el consumidor y el productor de bienes y servicios, lo que permite al franquiciante valiosos datos sobre el estado del mercado.

5. *Hacer economías de escala:* Proporcionalmente al desarrollo de la cadena, la cantidad de productos, de servicios o de bienes adquiridos por la cadena aumenta. El crecimiento de los volúmenes de compras permite la disminución de costos. El franquiciante y cada franquiciado se benefician así de una economía de escala importante. La organización de esta economía de escala pasará por: la creación de una central de compras o de referencia para los productos, el compartir algunos servicios comunes y el solicitar ofertas en mejores condiciones para la adquisición de material de trabajo.

6. *Preparar operaciones financieras:* La apertura del capital social a los franquiciados o recíprocamente, la introducción en los mercados bursátiles, la cesión total o parcial de la cadena, las operaciones de fusión o de absorción, las inversiones en la exportación (por vía de capitales en los países destinatarios de la franquicia, por repatriación de regalías en los países donde la legislación lo permite y por ventajas fiscales en los países donde esto es posible) y operaciones de diversificación o de integración vertical.

7. *Obtener la fidelidad del consumidor hacia el producto:* En la medida en que la cadena se extiende, se produce, se crean tres lealtades en el consumidor: en relación con la marca, con el servicio o con el producto existente o futuro.

8. *Actuar en materia de innovación:* La franquicia permite la creación de comités de calidad.

El franquiciante es un productor, un distribuidor, un mayorista o un prestador de servicios que ha sabido crear su propio método y codificar su savoir-faire con el objeto de transmitirlo.

Esta codificación original está constituida por un conjunto de técnicas denominadas "PAQUETE" del franquiciante. En éste se aporta una respuesta a todas las preguntas que puede y debe plantearse un franquiciado. El paquete puede transmitirse por diferentes documentos (manuales, audiovisuales, etc.).

1. *La información básica:* Las personas interesadas en celebrar este contrato deben obtener toda la información al respecto: informaciones generales relativas al franquiciante, a su fórmula, a la cadena, a su prestigio, así como a los resultados económicos posibles y a la cuantía de estas inversiones.

2. *El manual de venta:* Denominado también manual de negociación. El manual de venta es el soporte principal que permite al franquiciante respaldar los argumentos de venta. Por intermedio de este manual, el franquiciado comprenderá igualmente mejor todos los aspectos técnicos, comerciales y económicos que le son presentados para permitirle tomar una decisión con bases firmes. A este nivel el candidato a ser franquiciado tiene acceso a informaciones más o menos confidenciales que deben utilizarse de una manera prudente por parte del franquiciado para evitar cualquier piratería eventual.

3. *El manual de normas gráficas:* La marca es un nombre, una imagen, un color o una música que se ve, se identifica o se lee. Es necesario saber en qué condiciones es necesario utilizar la marca y la enseña de la cual se trata, así como eventualmente el "slogan".

4. *El manual de planos de acondicionamiento:* La cadena tiene ciertas especificaciones que permiten que el consumidor pueda reconocerla fácilmente en cada punto de venta. El acondicionamiento tipo debe extenderse por todas partes: la misma intensidad de la luz, la misma decoración de la vitrina, la misma altura para la colocación de la enseña. El franquiciante puede escoger su propio arquitecto pero éste debe ceñirse estrictamente a las especificaciones del manual.

5. *El manual de procedimientos:* Comprende por ejemplo el procedimiento comercial (permite acelerar la rotación de los stocks, de velar por envíos rápidos o de preveer pedidos); el procedimiento administrativo (los textos y reglamentaciones necesarios para que el franquiciado pueda actuar con precisión y rapidez frente a la administración y hacia el interior de la empresa); procedimiento publicitario (si la publicidad es concebida para el conjunto de la cadena, corresponde a cada franquiciado promoverla en su respectiva zona geográfica). Permite redactar su publicidad, crear eventos, hacer ventas promocionales y lanzar operaciones de relaciones públicas en un espíritu conforme al de la publicidad adoptada para el conjunto de la cadena.

6. *El manual económico-financiero:* El balance debe estar correcto. Los capitales propios, las inversiones, la cifra de negocios, los márgenes de suministro no permiten ninguna improvisación. Este manual va a servir de referencia al franquiciado y comprende la cuenta de explotación tipo (mínimo y óptimo), la cuenta de explotación previsional (prevee una relativa solvencia pero con

crecimiento), el presupuesto de tesorería, un cuadro de ejecución mensual y la documentación estadística que le permita al franquiciado comparar su actividad con la del conjunto de la cadena.

7. El manual jurídico: Este manual reúne todos los elementos de carácter jurídico y contractual necesarios para la cadena.

La experiencia del franquiciante resumida en el Paquete, su perfeccionamiento constante, va a constituir la verdadera tarjeta de identidad de la franquicia. Esta carta de identidad permite justificar el éxito y permite a los futuros franquiciados el ir superando los fracasos que el franquiciante ya conoció eventualmente. Sin este paquete es imposible hoy en día vender una franquicia. Este paquete debe estar en constante adaptación para responder a las necesidades del mercado, ya que los productos se envejecen, los consumidores cambian y la cadena debe poder seguirlos. Un buen paquete es el que prevee una actualización permanente (el paquete debe ser confidencial y sólo debe ser divulgado a los miembros de la cadena).

El punto de venta inicial se denomina "**PILOTO**". Es la célula madre explotada y regida por el Franquiciante. Es el "laboratorio" de la cadena de la franquicia. El éxito del Piloto es que sirve de prenda de garantía y da todo su valor al nombre, a la marca y a la enseña creadas por el franquiciante.

El piloto tiene una función comercial, jurídica y económica.

1. El *Savoir faire* y su transmisión:

Es a nivel del Piloto que se hace el estudio serio del savoir faire y que se coloca en marcha una célula logística que tiene como misión la de analizar y de elaborar aquellos aspectos del marketing, económicos, financieros, técnicos y operacionales del producto o del servicio objeto de franquicia, antes de que éste sea divulgado a los franquiciados.

El *savoir faire* va a ser permanentemente sometido a tests para obtener un mejoramiento y las ideas-proposiciones de los utilizadores de la tecnología deben llegar permanentemente hasta el Piloto. *La balanza comercial es también establecida por el piloto.* Él estudia el margen deseable y necesario para que la explotación sea rentable.

Es el piloto quien estudia el mercado: mediante sondeos sobre el nivel de penetración de la marca, notoriedad en la enseña y evaluación de las posibilidades de éxito de la fórmula que va a someterse a franquicia.

2. *La operación:* cuando el franquiciante por razones económicas o estratégicas no tiene Piloto, puede celebrar un contrato para tal efecto con un tercero independiente, contrato al término del cual, él define si coloca en práctica sus conocimientos. Este Piloto, no constituyendo propiedad exclusiva del franquiciante, debe ser considerado como un tercero jurídicamente independiente pero vinculado mediante un contrato de asociación con el franquiciante. De esta manera, el franquiciante se libera de la inversión inicial necesaria para la instalación del Piloto. Celebrando varios negocios de este género, el franquiciante multiplica las experiencias en diferentes lugares. El perfeccionamiento de su fórmula se verá acelerado ya que el dispondrá de diferentes puntos de formación para los futuros franquiciados.

EL RECLUTAMIENTO Y SELECCION DE FRANQUICIADOS: Para celebrar un contrato de franchising que resulte exitoso, es necesario pasar por tres etapas: la información sobre la franquicia, la negociación de la franquicia y el funcionamiento de la franquicia. La primera y la segunda etapa, intervienen antes de la celebración del contrato que va a vincular definitivamente a las partes firmantes: el franquiciante y el franquiciado.

Antes de firmar un contrato, todo candidato para el franquiciante, es un competidor en potencia. Por este motivo, es necesario ser prudente y evitar revelar hasta donde sea posible la tercera etapa, es decir, el funcionamiento mismo de la franquicia. La información definitiva, la revelación del know how (savoir faire), sólo puede hacerse una vez se haya firmado un primer contrato.

1. *Saber negociar una franquicia:* El franquiciante puede presentar al candidato a franquiciado su actividad, bien bajo la forma de un libro o de un film publicitario, mostrándole los productos y haciéndole visitar un almacén de un franquiciado. Seguidamente, el franquiciante evoca el conjunto de la actividad de la cadena, así como la extensión territorial. Este documento, en la franquicia, sirve como prueba de la exclusividad territorial, de la explotación del mercado y sobretodo, aporta al candidato a franquiciado, las respuestas a los interrogantes que pueda tener acerca de la rentabilidad.

2. *Verificar el perfil del franquiciado:* Una vez en posesión de todas las respuestas a sus interrogantes, el eventual franquiciado puede tomar una decisión. Esta decisión no puede sin embargo tomarse unilateralmente. El franquiciante, a su vez desea conocer a

su futuro colaborador. Dos criterios importantes van a jugar: su respaldo financiero y su perfil psicológico.

3. *Los criterios financieros:* El ejercicio de una profesión comercial necesita disponibilidades financieras. Es necesario analizar los capitales que se proponen a corto, mediano y largo término, entre otros aspectos.

4. *Las calidades psicológicas:* Las principales calidades serían las siguientes: inteligencia, facultad de adaptación, contacto humano, interdependencia, estabilidad, creatividad, ambición, sentido de la organización y sentido de la responsabilidad.

EL CALCULO DE LAS REGALIAS: El franchising implica una remuneración o ventaja económica para el franquiciante: propietario de la marca y del *savoir faire*, cuyo tratamiento es materia del derecho tributario y del régimen cambiario en el evento que nos encontremos frente a las transferencias internacionales de divisas. Esta remuneración puede tomar en general dos formas: la de regalía inicial proporcional que se denomina "derecho de ingreso" y la regalía de explotación proporcional. Sin embargo, también se incluyen en algunos casos tarifas suplementarias por servicios como auditoría e inspecciones, asistencia en la administración, consultas y publicidad entre otras.

1. *La regalía inicial o derecho de ingreso:* Esta regalía cubre todos los servicios ofrecidos al franquiciado antes de la iniciación del contrato de franchising. Mediante esta regalía, el franquiciado reconoce mediante un pago al franquiciante, la notoriedad de su marca, la exclusividad, la asistencia técnica inicial, la comunicación de su *savoir faire* y la formación inicial.

Esta clase de regalía no es de la naturaleza del contrato de concesión, ya que a diferencia del franquiciado, el concesionario no se está beneficiando siempre de un *savoir-faire* o de una asistencia técnica específica que puedan justificar una remuneración por este concepto.

Este derecho de entrada se especifica en algunos contratos de la siguiente manera: "derecho de afiliación", "selección, enganche y capacitación de personal", "estudio y promoción", asignándole a cada aspecto una suma fija, o un porcentaje del valor total en que se estima la instalación de la franquicia. En otros casos, puede por ejemplo corresponder al pago de una caución, a adquirir una participación accionaria en determinada área de la cadena, o a cancelar la

prestación de los servicios del personal que coloca el franquiciante al servicio del franquiciado para el inicio de sus labores.

El Boletín de la Federación Francesa de Franchising señala algunas pautas para fijar este derecho de entrada, a partir de criterios como la importancia de los gastos en que ha incurrido el franquiciante o el concedente para el desarrollo de su cadena, el número de distribuidores, la notoriedad de la marca, la importancia de los servicios prestados antes de la apertura del establecimiento del franquiciado, la rentabilidad que se espera de la explotación económica, la importancia que pueda tener la zona de exclusividad que se confiere en superficie y en número de habitantes, la superficie del establecimiento que se crea, y finalmente el número de establecimientos que ya se le han concedido al mismo distribuidor.

2. La regalía de explotación proporcional: Es conveniente no pactar una suma fija sino variable de acuerdo a las ventas, ya que una cadena evoluciona constantemente.

Los contratos de franchising a diferencia de los de concesión prevén generalmente la cancelación de una suma de dinero periódica, que se calcula sobre la base de las ventas, y durante toda la ejecución del contrato. Esta suma, no es otra cosa que la contraprestación a aquellas sumas en que tendría que incurrir el distribuidor, si no se encontrase incorporado a la cadena de franquicia. Esta suma tiende a reducirse en la medida en que el franquiciado progresa, para favorecer su expansión de los franquiciados. En otros contratos simplemente se señala una regalía mínima en favor del franquiciante para garantizarle en cualquier caso su remuneración.

Esta regalía para efectos fiscales se divide en tres partes: la primera que corresponde a los gastos publicitarios en los que invierte el franquiciante o el concedente para la totalidad de la cadena. Una segunda parte, corresponde a la utilización de la marca por parte del distribuidor, y finalmente la que corresponde a la asistencia técnica permanente y a la actualización del know how que efectúa el franquiciante.

Las modalidades del pago de la regalía (plazo, escalonamiento, o sanciones por retardo se establecen en el contrato, así como las modalidades e instrumentos con los cuales se va a controlar durante el desarrollo del contrato, la base para la liquidación del porcentaje).

"El franquiciado puede según algunos autores comprometerse a efectuar al franquiciante o a un afiliado de éste, ya sea en el

contrato o por necesidades prácticas, pagos que no son parte del precio de la franquicia; tal es el caso de pago por alquiler del inmueble o por el equipo que le entrega el franquiciante al franquiciado. También son ejemplos el pago por depósitos de seguridad, sumas por teneduría de libros, pagos por servicios de personas al establecerse en el negocio. En este aspecto, nos parece importante señalar que mientras más elementos se consignan en el contrato para destacar independencia del empresario franquiciado, menores riesgos de asimilación con otras formas tradicionales en perjuicio del franquiciante tendrá el contrato, ya que debe ser el franquiciado el que hace la inversión necesaria para el negocio, razón por la cual es un empresario independiente y no un empleado del franquiciante.

La EXPORTACION DE LA FRANQUICIA: Existen distintas técnicas para la exportación de la franquicia por parte del franquiciante:

Encontrar un Master franquiciado en este caso, el franquiciante delega en un Master Franchise su técnica, y éste, juega el papel de "Piloto" en el país escogido. La exclusividad de la franquicia en el territorio estará en su cabeza, y a él le corresponderá escoger los franquiciados de esa zona y efectuar la distribución de ese territorio entre los mismos. Es muy utilizada ésta modalidad, cuando se trata de desarrollar mercados donde la adaptación económica, sociológica y aun lingüística de los conocimientos del franquiciante, constituiría una gravosa carga para éste.

El conocimiento que tiene el subfranquiciado de la región y de sus características, permite que se cree una experiencia modelo en la misma. Según sea la independencia del Master-franquiciado, podrá denominarse como "franquiciado principal" (si sólo se limita a cumplir las instrucciones del franquiciante) o Master franchising-subfranquiciado (cuando goza de cierta autonomía).

Un punto importante es el del pago de las regalías en los casos en que existe subfranquiciante, ya que sus términos y métodos de pago varían considerablemente de acuerdo con las necesidades de la partes y con las normas aplicables. El problema consiste en determinar si el subfranquiciado debe pagar directamente al franquiciante principal o a través del subfranquiciante. Olivier Gast en sus "Cuadernos jurídicos y fiscales de exportación" refiriéndose al concepto de franquicia como método de desarrollo internacional, opina que el subfranquiciado debe pagar al subfranquiciante, quien a su vez remite la suma al franquiciante principal, reteniendo un cierto porcentaje establecido por contrato. Se pueden pactar pagos

directos por adelantado y cartas de crédito por ejemplo (*Pattison, Joseph E., Establishing a transnational franchise, p.3-14, citado por Marzorati Osvaldo J., Sistemas de distribución comercial, Editorial Astrea, 1990, pag. 225*).

Montar su propio "Piloto" en el país extranjero: Esta modalidad permite al franquiciante prestarle a los franquiciados extranjeros, los mismos servicios que presta a sus franquiciados nacionales.

Tratar directamente con el franquiciado: Un franquiciante no residente en el país, concluye directamente un contrato de franquicia con franquiciados sin establecer una sucursal o subsidiaria en el mismo. (En este caso el franquiciante generalmente sólo escoge un franquiciado para todo el país). En este caso, la franquicia se facilita ya que la autorización para la inversión extranjera por parte del gobierno del franquiciado no se hace necesaria, como sí lo sería en muchos países en el caso anterior (Esta fórmula se desarrolla cuando se está sondeando un mercado extranjero o sólo se va a tener un sólo franquiciado en ese país).

1. *Las ventajas de la exportación:* La experiencia de la exportación aumenta el savoir faire, la notoriedad de la marca, repartiendo los riesgos ya que los nuevos mercados son forzosamente diferentes. Sin embargo como cualquier otra exportación es necesario que se analice, si efectivamente el producto o el servicio sí podrá ser adaptado de acuerdo a las características del nuevo mercado, lo que implica seguramente modificaciones de fondo en relación con "EL PAQUETE", y un estudio minucioso de los aspectos jurídicos.

2. *Las condiciones de base:* La franquicia debe ser lo suficientemente atractiva para los eventuales franquiciados.

El franquiciante debe ser capaz de aportar las modificaciones necesarias para la adaptación de la franquicia al mercado extranjero y el "Paquete" debe adaptarse a las normas existentes en el país escogido. El "Piloto" debe estar adaptado al país escogido (podrá raramente servir de modelo directo a los franquiciados extranjeros).

En relación al pago de regalías en los contratos internacionales, vale la pena destacar que para evitar que el franquiciado realice maniobras especulativas, se prevee generalmente en el contrato que la conversión de divisas se efectúe al tipo de cambio vigente el último día del plazo para la rendición de cuentas, en una plaza que se designará. Si el franquiciado incurre en mora, el franquiciante puede optar, entre el tipo de cambio del último día de dicho plazo, y aquel

que esté vigente el día del pago. Puede además reclamar intereses moratorios. (*Stummpf Herbert, El Contrato de Know How, Editorial Temis, 1984, pag. 137*).

No es lícito convenir en un determinado tipo de cambio para regular las regalías, ya que constituiría una intromisión indebida en la soberanía monetaria del Estado. Lo que si se podría hacer es incluir una cláusula que garantice un aumento proporcional a la desvalorización de la moneda. Las partes estipulan muy frecuentemente las regalías en una moneda extranjera fuerte o incluso en el patrón oro.

Finalmente, es muy importante tener en cuenta que frente a los contratos internacionales en esta materia, se aplican las normas generales de derecho internacional privado (*Velilla Moreno Marco Antonio, La Estructura Básica de los Negocios Internacionales, en el Libro homenaje a Enrique Low Murtra sobre el Derecho de los Negocios Internacionales, editado por la Universidad Externado de Colombia en 1991, páginas 53 a 71*). Entre los Tratados Internacionales, es de especial importancia para todos estos efectos, la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras, que fue adoptada por la Conferencia de Naciones Unidas, y aprobada por Colombia mediante la ley 37 de 1979. (Esta Convención vincula los siguientes países: Austria, Boswana, Bielorrusia, Bulgaria, Checoslovaquia, Dinamarca, Egipto, Filipinas, Finlandia, Francia, Ghana, Grecia, Hungría, India, Israel, Italia, Japón, Madagascar, Marruecos, Niger, Nigeria, Noruega, Pakistán, Polonia, República Centroafricana, Corea, República Federal Alemana, Camboya, Rumania, Siria, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Tanzania).

B. EL FRANQUICIADO

En cuanto al franquiciado, es necesario examinar en principio las ventajas que tiene en el contrato de franquicia, y por otra parte, tanto sus obligaciones como los principales aspectos en los que debe colocar especial atención.

1. *La garantía de independencia.* El franquiciado seguirá siempre como patrón de sí mismo, así sea él quien labore en su propio establecimiento de comercio, o bien sea que haya confiado la explotación a un gerente, contentándose sólo con participar en calidad de socio capitalista. Esta independencia tiene naturalmente consecuencias sobre el plano económico y jurídico.

2. *La adquisición de un savoir faire (Know how).* Desde un principio se le garantiza contractualmente al franquiciado la

adquisición de una especialización que el franquiciante posee dada su sólida experiencia profesional, con lo cual se evita el cometer errores que conducen muy frecuentemente al fracaso de empresas que se encuentran en período de lanzamiento. Las cifras pueden probarlo. En Francia, por ejemplo el 90% de los fracasos en Boutiques recientemente creadas, obedece a que las mismas se iniciaron por fuera de este proceso de franquicia.

3. *El beneficiarse de un nombre conocido:* Bien sea por la enseña comercial o por la marca del producto, el franquiciado se beneficia en conjunto de la marca del producto como si él hubiera adquirido inmediatamente un savoir-faire y una experiencia (lo que resulta fundamental en el proceso de lanzamiento de un negocio).

4. *Una formación inicial y permanente:* La formación otorgada por el franquiciante no se limita a la comunicación inicial de un Know How (savoir-faire). En ejercicio de sus actividades, él podrá mejorar sus conocimientos permanentemente, ya que este contrato es evolutivo: los productos, los servicios, el know how (savoir-faire) son objeto de un constante mejoramiento con el sólo fin de hacer progresar a la vez la fórmula y sus beneficios. Este mejoramiento puede provenir de las investigaciones del franquiciante (la central), o bien sea resultar de la suma de experiencias positivas y negativas recogidas por los franquiciados. (En esta segunda hipótesis, los proyectos de mejoramiento y los elementos de información recogidos por los franquiciados son analizados por los servicios especializados del franquiciante (Es lo que los anglo-sajones denominan el feed-back).

5. *La experiencia del piloto:* No es aconsejable a ningún candidato a franquiciado entrar en una cadena sin "Piloto", ya que este punto constituye la principal garantía para el franquiciado (es la prueba tangible de la rentabilidad, así como la demostración de la eficacia de los métodos originales de la fórmula que ha perfeccionado el franquiciante).

El Piloto hace uso del laboratorio donde se analiza toda la innovación, y sólo en el caso de que el resultado sea satisfactorio, será comunicado al conjunto de la cadena (cada franquiciado se beneficia inmediatamente de una fórmula perfecta que se puede aplicar, rápida y rentablemente).

6. *El sostenimiento logístico de la central:* El franquiciado puede en todo momento beneficiarse de la competencia y ayuda del franquiciante para encontrar una solución a todos los problemas

que superan su propia competencia en diversos dominios: marketing, gestión, estadística, decoración, aspectos contenciosos, de publicidad, contabilidad y tributarios entre otros. Esta ayuda es muy valiosa porque coloca al alcance de una pequeña empresa todos los medios de los cuales puede valerse una gran sociedad.

7. *La Publicidad:* Sobre el plano publicitario el franquiciado participa en la financiación de una parte del presupuesto nacional o regional de la publicidad. Esta participación está incluida generalmente en las regalías que él paga, en cuanto al presupuesto local, éste puede estar a su carga sea en su totalidad o sea con la participación del franquiciante.

El franquiciado se beneficia pues de las atractivas campañas del franquiciante. En el caso de una franquicia de distribución por ejemplo, un pequeño punto de venta puede ver incrementado su rendimiento seriamente gracias a una campaña televisada de alcance nacional.

II. LOS ASPECTOS JURIDICOS DEL FRANCHISING

El "CONTRATO" de franchising es un contrato complejo, ya que está compuesto de cuatro contratos: el contrato de licencia de marca, el contrato de transmisión de savoir faire, un contrato de asistencia técnica y un contrato de suministro. En el caso de una franquicia industrial se agrega un contrato de ingeniería, así como eventualmente un contrato de transferencia tecnológica vinculado a una patente.

Por éste motivo, diferentes aspectos cambiarios, laborales, comerciales (como el régimen de arrendamientos y de las normas sobre la competencia desleal), tributarios, del denominado derecho de la competencia, así como de la propiedad industrial.

El contrato debe celebrarse por escrito, entre la empresa franquiciante que es la propietaria del conjunto de elementos anteriormente mencionados, y la empresa franquiciada que es la que desea reproducir ese conjunto, definiendo claramente las obligaciones y deberes de las partes. Por otra parte debe hacer especial énfasis en la independencia recíproca, que es lo que caracteriza el contrato y permite desarrollarlo sin riesgos, distinguiéndolo cabalmente de otras formas contractuales.

Se acostumbra antes de firmar el contrato definitivo, y para facilitar la reflexión de las partes antes de un compromiso de tal magnitud, celebrar un contrato previo, donde se concede la opción

al franquiciante y al franquiciado de romper su compromiso sin llegar al convencimiento que finalmente no desean concluir el negocio.

Mediante éste contrato de opción el aspirante a franquiciado "reserva" una zona de distribución antes de comprometerse definitivamente. También podrá durante ese tiempo estudiar la propuesta del franquiciante, y efectuar los trámites administrativos que se requieran para las autorizaciones personales y del establecimiento de comercio (solicitar préstamos, solicitar cotizaciones sobre los locales y su acondicionamiento).

El contrato de opción procura un mejor conocimiento mutuo, y en él se destacan las siguientes cláusulas que indican principalmente:

1. Un preámbulo donde se hace relación a los objetivos de los contratantes y su ubicación respectiva desde el día de la firma del contrato.

2. Se especifica además muy claramente que dicho contrato confiere una opción, y se precisa el término de duración de la misma.

3. Se precisa también qué ocurre en el evento que el aspirante a franquiciado quiera tomar la opción antes del término fijado en el contrato de opción. También que este puede renunciar a la opción, y en consecuencia al contrato propuesto, en todo momento y durante la duración de la opción.

4. Cualesquiera de las dos hipótesis anteriores debe ser precisa en cuanto a la forma de llevarse a efecto. Generalmente es por carta recomendada.

5. Debe indicarse también que en caso de tomar la opción el franquiciado, el franquiciante debe renunciar a poder revocar la opción, así como que las dos partes firmarán el contrato de franquicia cuando termine el plazo fijado previamente. (Para evitar que las partes no se demoren mucho en firmar el contrato definitivo).

6. Se precisa también muy claramente qué clase de asistencia será la que el eventual franquiciante proporcionará al aspirante a franquiciado, durante el término en que puede ejercer la opción.

7. El Tribunal competente y también se acostumbra incluir las cláusulas del contrato definitivo de franquicia para que sean objeto de estudio por parte del aspirante a franquiciado, dada la característica de estos contratos que son de adhesión.

El Régimen aplicable al contrato de franquicia Como

manifestamos anteriormente, el desarrollo de la concesión y la franquicia en el derecho comparado, se ha venido dando mediante una evolución jurisprudencial en la medida en que ambos constituyen contratos atípicos. Las posiciones están bastante encontradas en el derecho comparado en relación a si es preferible una intervención legislativa teniendo en cuenta la originalidad de esta forma contractual que asiste a una constante evolución.

En Colombia, ningún proyecto legislativo se ha presentado para reglamentar esta novedosa forma de distribución. Por este motivo, nos encontramos frente a un vacío jurídico casi completo, y que sólo podemos llenar, apoyándonos obviamente en el contexto del contrato y en principios generales del código civil. El artículo 822 de nuestro actual código de comercio remite al artículo 1502 del código civil de la siguiente manera: "Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa".

En relación con los contratos atípicos, el profesor Jaime Alberto Arrubla en su obra, propone una pirámide para "disciplinar" un contrato atípico en el siguiente orden: Las disposiciones contractuales con fundamento en el artículo 4o. del C. de Cio; las normas de la teoría general de los contratos y de las obligaciones según los artículos 822, 823 y sgtes del mismo estatuto; la costumbre mercantil conforme al artículo 3o. del C. de Cio; los tratados o convenios internacionales no ratificados por Colombia según el artículo 7o. del Código de Comercio; la costumbre internacional; los principios generales del derecho comercial; y por último la analogía general con el derecho civil o común y con las otras ramas del derecho a que se refiere el artículo 8o. de la ley 153 de 1887. (*Arrubla Jaime Alberto, Contratos Mercantiles Tomo II, Editorial Biblioteca Jurídica Dike, 2a. Edición 1992, pag. 325*).

En relación a los aspectos que se destacan en el contrato de franquicia podemos señalar las siguientes:

1. *El Contrato de Cesión o Transferencia de Marca:* Tanto en el contrato de concesión como en el contrato de franchising, el efecto de cadena que se vincula a la unidad de la misma, se desprende la utilización de la enseña y de la marca del concedente o del franquiciante por parte de los distribuidores.

La Decisión 313 en su artículo 104 establece "El titular de una

marca de productos o de servicios, registrada y vigente, podrá cederla en uso o transferirla por contrato escrito". De la lectura de la disposición se infiere que la licencia o transferencia debe versar sobre una marca registrada vigente, y no puede hacerse sobre aquellas que se encuentren solicitadas pero en trámite de registro (Existe en el mismo sentido una Decisión del Tribunal Andino de Justicia, que interpretó el artículo 79 de la Decisión 85).

La Decisión 313 de 1992, no define no obstante, cuales son los efectos del registro o inscripción de las cesiones o transferencias de marcas que conforme al artículo 105 de la misma, debe hacerse en la oficina nacional competente de los países miembros. Las solicitudes de registro de cesión, licencias de uso, cambios de domicilio y de nombre del titular de la marca, se rigen por el artículo 29 del Decreto 575.

Recordemos que a la luz de la anterior legislación, los contratos de licencia, y en general los que implicaran transferencia de tecnología como asistencia técnica, patentes, marcas, conocimientos técnicos no patentados o Know How entre otros, eran revisados y calificados por el Comité de Regalías, organismo que los aprobaba o negaba. (Decreto 1234 de 1972, por el cual se reglamenta el Estatuto Cambiario. El artículo 1o., de este Decreto denominó al organismo creado por el Decreto ley 688 como tal). Con la nueva legislación, simplemente deben registrarse conforme al artículo 106 de la Decisión.

Un aspecto importante de la misma norma, es que el contrato de Licencia o de Transferencia de Marca, no puede tener cláusulas restrictivas del comercio, y que debe ser concordante con el ordenamiento subregional andino, y en particular con el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías.

Para el profesor Ricardo Metke, la sanción legal que debe afectar el contrato cuando se estipula en él una cláusula restrictiva es la de la nulidad absoluta, teniendo en cuenta que contraría una norma imperativa (artículo 899 del C. de Cio). En este caso se hace necesario según su opinión aplicar los principios generales ante el silencio de la ley. Agrega que si aparece del negocio que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación viciada de nulidad, la nulidad afectará todo el negocio jurídico (art. 902, *ibidem*).

2. *El Contrato de Transmisión de Know How*: Resulta difícil definir el Know How. En principio se trata de una serie de elementos

que recogen la habilidad técnica, la experiencia técnica, los conocimientos y los procedimientos técnicos orientados hacia la fabricación de un producto. (Para algunos es "un arte de fabricación").

Este contrato no se acomoda muy bien a la Licencia, como ocurre en el caso de Patentes, o de las marcas, nombres comerciales y enseñas, entre otros. La razón de esta afirmación es que si lo que se pretende con la Licencia es que se transmita un goce en forma temporal, en el caso del Know How, el interés principal es que permanezca secreto. Es muy difícil para el concedente o franquiciante, hacer que el concesionario o franquiciado, deje de utilizar el Know How, ya que sí bien podría eventualmente, intentar una acción de responsabilidad por competencia desleal, el demandado podría alegar que no está utilizando el know how, sino una modificación de éste, lo que probatoriamente, dicho sea de paso, es muy difícil de desvirtuar. En consecuencia, teniendo en cuenta que el concedente o el franquiciante de alguna manera van a perder el control del secreto, en relación con el concesionario y el franquiciado, es más adecuado optar por un contrato de cesión definitiva.

La transmisión del Know How se hace mediante documentos como planos o fórmulas. Existen algunos casos donde tiende a confundirse con los contratos de formación y con los contratos de asistencia, como cuando al no constar el Know how en un documento específico, se establecen relaciones técnicas, o se organizan cursos en la sede del franquiciante, o se brinda asistencia técnica directamente en las instalaciones del concesionario o franquiciado.

3. El Contrato de Asistencia Técnica y Servicios Técnicos: La dificultad para definir la Asistencia Técnica, radica principalmente en que ésta, generalmente se soporta en una operación preexistente. Por ejemplo puede estar acompañada de una licencia de Patente o de Know How, o se produce seguidamente a un contrato de compraventa de equipos comerciales. Sin embargo, un contrato de Asistencia Técnica puede ser concluido independientemente de una transferencia de técnicas, cuando sólo constituye un servicio postventa de mantenimiento y reparación, verbo y gracia.

Anteriormente, la competencia para conocer de estos contratos estaba repartida en dos oficinas despachos diferentes: oficina de cambios del Banco de la República, y el Comité de Regalías. La primera se ocupaba de los contratos de Servicios Técnicos (aquellos servicios especiales de ingeniería que no afectan la totalidad del

proceso productivo y se agotan en un momento dado, como puede ser por ejemplo, el montaje de una maquinaria), el Comité de Regalías se ocupaba de los contratos de asistencia técnica, patentes, marcas, Know How. Luego se comprendió por el legislador, que la Asistencia técnica y los servicios técnicos son dos aspectos de la tecnología, tan íntimamente relacionados entre sí, que no son más que dos especies del mismo género.

4. *El Contrato de Suministro*: En Colombia el contrato de Suministro está regulado por los artículos 1559, 1560 y 1568, correspondientes a los artículos 968, 969 y 975 del C. de Cio. El artículo 968 del C. de Cio. define al suministro de la siguiente manera: "Es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o de servicios".

Para algunos con fundamento en el artículo 975 del C. de Cio. la concesión es una modalidad de suministro, que se hace necesario diferenciar de todos modos, de la agencia comercial. Al respecto nos permitimos citar textualmente un comentario del Código de Comercio de Legis, tomado de un libro del doctor Juan Pablo Cárdenas, editado por Temis en 1984, sobre el Contrato de Agencia Mercantil. Expresa éste autor entre las páginas 42 y 43: "Cuando el suministro tiene por objeto la distribución de determinado producto o servicio, se presentan grandes semejanzas con la agencia. Al contrato de concesión se lo ha definido como "un acuerdo de voluntades por el cual un empresario pone el establecimiento de que es titular al servicio de otro empresario para comercializar por tiempo indefinido o limitado en una zona geográfica determinada y bajo la directriz o supervisión del concedente, aunque en nombre y por cuenta propia, productos cuya exclusiva reventa se la otorga en condiciones predeterminadas". De acuerdo con esta noción, nos parece claro que en Colombia el contrato de Concesión es una forma de contrato de suministro para distribución (C. de Cio, art 975), en virtud del cual una parte se obliga a cumplir en favor de otra prestaciones periódicas o continuadas, de cosas o de servicios, mediante el pago de una contraprestación, para que esta última realice la comercialización del producto, o mejor la promueva en la zona confiada".

"Si, como se ha dicho, lo esencial a la agencia es la promoción de un negocio ajeno, ¿Que lo distinguirá de esta forma de suministro cuyo beneficiario se obliga también a promover la mercancía o el servicio? No se puede decir que mientras el agente promueva un

negocio ajeno el beneficiario del suministro promueve exclusivamente un negocio propio, pues el mismo código establece que él debe promover la venta de las mercancías o servicios (art. 975, inc 3o.), precisando que será responsable cuando no cumpla esta obligación de promoción, aunque haya adquirido el mínimo fijado en el contrato. La diferencia radica en que en la agencia, el agente actúa por cuenta del agenciado, y cuando celebra los contratos a que se refiere su labor de promoción lo hace, en principio, en nombre de éste, de tal manera que no adquiere los productos a que se refiere su actividad y no sufre los riesgos del negocio mismo, sino tan sólo los de su actividad de fomento”.

“El concesionario o beneficiario del suministro obra en nombre y por cuenta propia. Adquiere los productos del concedente para a su vez revenderlos, y asume así los riesgos propios del negocio, ya que sufre las alzas o bajas del precio de los productos, pues su beneficio será la diferencia entre el precio de venta y el de reventa. Por ello, en cuanto a la obligación de promoción se puede decir que el agente fomenta un negocio ajeno, y el concesionario o beneficiario del suministro promueve a la vez el negocio del suministrante y su propio negocio. De este modo queda claro que el legislador colombiano ha puesto al servicio del empresario que desea promover sus productos, crearse un mercado, dos instrumentos con diferentes consecuencias jurídicas: el contrato de agencia y el contrato de distribución”.

El doctor Fernando Hinestrosa, delimita conceptualmente por su parte, este contrato con el de Concesión de la siguiente manera: “El suministro en su sentido genuino es el contrato por medio del cual el fabricante o mayorista, proveedor, se compromete a suministrar -proveer-, en principio nada más que bienes, a un consumidor definitivo: el suministro de carbón, de caliza, de cualquier materia prima, de combustible. El destinatario beneficiario de los insumos o materias primas asegura una provisión regular, con precios estables, y el fabricante o mayorista asegura un mercado; de ahí su entendimiento y su posibilidad de intercambio. Pero ese proceso y esa concepción cambian en el suministro anómalo, cuando el destinatario (suministrado?) no es consumidor, sino un intermediario: él adquiere y recibe esos bienes, pero no para su utilización y consumo, sino para revenderlos a otros, eso si consumidores definitivos y reales. Con la introducción de esa variante en los preceptos citados, hay una “reducción”, es decir, una integración dentro de la figura del suministro propiamente dicho, de una figura diferente, si

se quiere, con una función económico-social diversa (cfr. C. Giannastasio, *La somministrazione*, Giuffré, Milano, 1960). Cual esa otra figura diferente? El contrato de concesión o de distribución *stricto sensu*".

5. *El Contrato de Ingeniería*: Es aquel por medio del cual una empresa se compromete a asumir diversas prestaciones tendientes a colocar en marcha, equipos industriales de diferentes clases: refinerías, fábricas, puertos, carreteras, entre otros.

La prestaciones de la empresa de ingeniería pueden referirse a las siguientes: El estudio del proyecto y de sus condiciones de realización, consejos para orientar la ejecución del proyecto, suministro de materiales, suministro de medios técnicos, búsqueda de financiamiento, y colocación en marcha del proyecto.

Las Estructuras contractuales de la franquicia y de la transferencia de tecnología en general

Es frecuente que cuando la transferencia de tecnología da lugar a varias prestaciones, cuya naturaleza jurídica es diferente, las partes resuelven celebrar tantos contratos como sea necesario. En este caso, se utilizan los esquemas tradicionales, privilegiando contratos como la venta en aquellos casos de suministro de materiales, y del arrendamiento de obra, para todas aquellas producciones que pueden analizarse como obligaciones de hacer. Pero cada contrato celebrado es independiente de los otros, no obstante que se dirigan todos al mismo objetivo.

En algunos casos, se divide la operación de la transferencia de tecnología en segmentos de ejecución que son objeto cada una de un contrato en particular. Se disminuye en este caso, el número de contratos que hay que celebrar, así como el número de asociados al receptor de la tecnología.

Según esta fórmula, se integran varias convenciones dentro del mismo conjunto contractual, pero en ella se combinan obligaciones que por su naturaleza tiene diferente régimen jurídico. Es el caso cuando se combinan en el mismo contrato obligaciones de medio y obligaciones de resultado. En la práctica se hace un sólo contrato, y se divide en diferentes capítulos según las operaciones que pretendan realizarse.

En algunos casos en lugar de optar por un conjunto de contratos separados o combinados, las partes en el contrato pueden

escoger una estructura contractual unitaria. Es el caso de los contratos de ingeniería, donde hay un contrato complejo, con obligaciones diferentes pero indivisibles.

Existen también algunas cláusulas que suelen pactarse en el contrato de franquicia:

1. *La cláusula de no competencia*: El franquiciante tiene interés en que el franquiciado no ingrese en negocios competitivos durante el término de la franquicia y después de un período posterior a su finalización. La no competencia es el reverso de la exclusividad como expresa Marzorati. (Marzorati Osvaldo J., *Sistemas de Distribución Comercial*, Editorial Astrea 1990, pag. 280).

La exclusividad en este contrato es generalmente recíproca, el franquiciado se obliga a no aprovisionarse más que donde el franquiciante, absteniéndose de hacerlo frente a otro franquiciante, concendente o proveedor. En contrapartida, el franquiciante sólo tratará con este distribuidor escogido (franquiciado) en el territorio asignado, respetándole la exclusividad. La ausencia de exclusividad en este contrato desnaturaliza el contrato, ya que es uno de sus elementos esenciales. Mientras en la concesión la exclusividad se refiere más al aprovisionamiento y suministro de productos, y al derecho del concesionario a utilizar exclusivamente en un territorio la marca y la enseña, en el contrato de franquicia la exclusividad se aplica más a la comunicación del *savoir-faire* por parte del franquiciante a un franquiciado en un territorio determinado, sin que por éste motivo vaya necesariamente vinculada a una obligación de aprovisionarse exclusivamente del franquiciante (en muchos contratos figura la expresión "prioritariamente").

En algunos casos existen modalidades, como por ejemplo, la exclusividad de aprovisionamiento total o parcial (cuasi-exclusividad: en este caso el deudor se compromete a no tratar con su cocontratante que para un tipo o una colección de productos o servicios), exclusividad territorial simple (uno solo de los contratantes se beneficia de la cláusula de exclusividad y en consecuencia se beneficia del monopolio, ya que el franquiciado no puede aprovisionarse en otro lugar), reforzada o absoluta (la exclusividad opera en favor de los dos contratantes: el proveedor y el distribuidor). En este aspecto, conviene entonces, estipular con la mayor claridad en el contrato el alcance de la exclusividad: si la exclusividad es total o parcial, así como la zona de responsabilidad de la distribución.

LA RUPTURA DEL CONTRATO DE FRANCHISING

1. LAS CAUSAS DE LA RUPTURA:

A. *Los contratos a término determinado:*

Los contratos de franchising se concluyen generalmente por un término determinado que al finalizar, coloca fin a los mismos. Sin embargo puede pactarse una cláusula de tácita reconducción, evento en el cual, el contrato se renueva por un término igual al previsto inicialmente. Cuando el franquiciante no desee renovar el contrato, deberá avisar al franquiciado con una antelación razonable para así evitar la posibilidad de un litigio, a menos que exista una cláusula que haya previsto un plazo de preaviso concreto.

Existen contratos en los que expresamente se excluye la tácita reconducción. Si el contrato no dice nada en este aspecto, el franquiciante es absolutamente libre de renovar o no el contrato con fundamento en la libertad de las partes en esta clase de contrato.

Si bien es cierto, que en los contratos a término definido, se prevee frecuentemente un preaviso, y que la mayor parte de los contratos que consagran la tácita reconducción lo tienen generalmente, también lo es, según varios autores, que éste no es necesario en aquellos contratos que sean a término fijo.

Esta posición no es unánime, y la jurisprudencia ha protegido a los concesionarios y franquiciados en algunos casos, cuando se omite este término razonable, fundamentándose en los usos y costumbres comerciales. Sin embargo, los Tribunales no se han colocado aún de acuerdo, en cual puede ser ese plazo de preaviso, pero en general, consideran que equivaldría a tres meses para un contrato cuya duración sea de un año.

En esta clase de contratos de duración determinada, también se ha admitido por la jurisprudencia que el franquiciante incurra en abuso del derecho, cuando con una probada intención de dañar se rehuse a la renovación del contrato, como por ejemplo cuando él coloca unas sumas de venta supremamente exageradas dentro de una de las cláusulas del contrato, como condición para la renovación del mismo. En otros casos se ha sostenido por los Tribunales el abuso del derecho, cuando el franquiciante ha dado razones para dejar creer al franquiciado que le renovara el contrato, o cuando le ha ocultado a este último que pretende modificar sustancialmente el

acuerdo cuando llegue el momento de la renovación, rompiendo por supuesto visiblemente el equilibrio contractual previo. Otras providencias extranjeras, asimilan a un abuso del derecho, la no renovación de un contrato, cuando se desconocen las inversiones efectuadas por el concesionario o por el franquiciado, y sus intereses. En caso de que se presente un abuso del derecho, la doctrina ha concedido daños y perjuicios al concesionario o franquiciado.

B. Los contratos a término indefinido:

En los contratos a término indefinido, las partes en principio pueden darlo por terminado en cualquier momento, ya que no pueden estar ligadas indefinidamente. Sin embargo, la jurisprudencia para evitar la fragilidad excesiva de esta clase de contratos y brindar un poco de seguridad jurídica, ha estimado en sus providencias, que la duración del preaviso debe ser proporcional a la duración que hayan tenido las relaciones comerciales antes de la ruptura. En estos casos se condena al franquiciante o al concedente que no respeta el preaviso a indemnizar los perjuicios materiales, e incluso en algunos casos los morales.

2. LAS CONSECUENCIAS DE LA RUPTURA

A. Los Stocks:

Este problema se presenta sólo en los contratos de distribución. Cuando el contrato no dice nada al respecto, la jurisprudencia se inclina porque el propietario de las mercancías (el franquiciado) pueda vender los artículos que le queden dentro de un plazo razonable.

En algunos contratos se prevé una cláusula donde el franquiciante se obliga a recomprar los stocks. En realidad, se estipula más como una facultad del franquiciante o del concedente frente al distribuidor, de retomar la totalidad o parte de la mercancía, que como una obligación ineludible de hacerlo por de éstos.

Otros contratos excluyen expresamente la recuperación de stocks por parte del franquiciante o concedente, caso en el que por el principio de la autonomía de la voluntad, la cláusula es válida. En estos casos, es necesario hacer énfasis en que si se quieren prever problemas futuros, es mejor avisar con una anticipación razonable al franquiciado para que pueda vender sus stocks. En ausencia de este preaviso, es muy posible que el franquiciante se vea en la necesidad de dejar en poder del franquiciado, después de la ruptura, y por un tiempo, su marca y su enseña para que el antiguo franquiciado pueda salir de su stock.

B. *La marca:*

Al romperse el contrato, el franquiciado, no puede en principio, utilizar ni hacer referencia en su establecimiento de comercio, a la marca que había sido objeto del contrato de franchising.

Un problema curioso se presentó a la jurisprudencia, cuando el retiro de la marca se refería a diseños interiores de un establecimiento de comercio, o a la forma del mismo. Fue el caso Courtepaille juzgado por la Corte de Casación francesa, y donde se trataba de una marca que se refería tanto a los productos alimenticios como a los servicios, y estaba "caracterizada por una construcción circular, que mirada de perfil, de frente y en perspectiva, sin pisos y con una ventana de seis cuadros, terminaba en un techo en forma de cono, en cuya cima surge una chimenea cuadrada". La Corte estimó en esta oportunidad que el edificio en sí, no era válido como marca, y que en consecuencia, el distribuidor no tenía la obligación de reformarlo completamente al momento de finalizar el contrato.

C. *La enseña:*

El franquiciado debe restituir la enseña al franquiciante cuando termine el contrato. Esta circunstancia, puede darse en forma inmediata en algunos casos en que el antiguo franquiciante considera que no está usufructuándose de la publicidad. El franquiciado, puede sin embargo, tener interés en conservarla durante un tiempo necesario para terminar de vender su stock, lo que dicho sea de paso puede evitarle al franquiciante, que el franquiciado para vender rápidamente el stock, practique una política dañosa para la imagen de la cadena.

D. *La propiedad de la clientela:*

Es bastante discutido, en esta clase de contrato a quién pertenece la clientela. Quienes sostienen que pertenecen al franquiciado, parten de la base que el espíritu mismo del contrato es confiar al franquiciado la creación y desarrollo de una clientela, mientras que el verdadero dominio del franquiciante continuará siendo la tecnología y los conocimientos o savoir-faire que brinda a su red o cadena.

Ciertos autores sostienen que el franquiciado es el propietario de la clientela, ya que es quien la adquiere y sostiene satisfecha con su trabajo y la calidad del servicio prestado. Otros por su parte, sostienen que la clientela les pertenece ya que se encuentra vinculada en razón de su marca y de sus cualidades.

En general, la jurisprudencia ha concluido que la clientela pertenece a los dos, y cada contratante tiene una parte cuyo valor difiere según la naturaleza del franchising de que se trate en cada caso. Todo depende en primer lugar del producto, así un concesionario por ejemplo de automóviles no puede pretender que la clientela viene a comprarle, en razón de sus cualidades específicas de vendedor, sino que ésta, se encuentra ante todo vinculada por la marca, y tan es así que si se cambia el concesionario, muy seguramente el cliente se dirigirá al nuevo concesionario para obtener un nuevo modelo de la misma marca.

En ciertos contratos de franchising, el franquiciado tiene que hacer inversiones muy cuantiosas que no pueden amortizar durante la duración del contrato. Si el franquiciante en estos casos no renueva el contrato, al franquiciado, muy seguramente éste sufrirá una pérdida por esta causa, pero si no se ha previsto una indemnización por este concepto previamente, la jurisprudencia señala que no habrá lugar a reparación de los perjuicios por parte del franquiciante, teniendo en cuenta que el franquiciado es un comerciante independiente, y que en la medida en que es propietario de su establecimiento de comercio, así como de los equipos utilizados puede utilizar esas inversiones en todo o en parte para otros fines.

4. La ruptura del contrato y la indemnización:

Si se rompe bruscamente un contrato de concesión o de franchising, es decir sin que ningún preaviso se presente, habrá lugar por parte del contratante lesionado, a reclamar una indemnización. Así el franquiciado que antes de que el contrato llegue a su término, termina unilateralmente el contrato sin ningún preaviso, causando así un perjuicio al franquiciante, deberá indemnizarlo.

Si de una falta cometida por un concesionario que puede estimarse como leve, el concedente o el franquiciante se vale para terminar bruscamente el contrato, el primero podrá reclamar la correspondiente indemnización.

Como pudimos apreciar anteriormente, el abuso en el momento de la ruptura del contrato, puede asumir diferentes formas, a saber: cuando en el último momento el franquiciante no renueva un contrato de duración determinada, no obstante que reiteradamente se le manifestaba al concesionario la voluntad de continuar la colaboración mediante diferentes medios; o cuando al momento de la renovación, cambia sustancialmente las cláusulas más importantes del contrato.

En otros casos, los abusos son todavía más sutiles, como cuando se interpretan en forma dudosa ciertas cláusulas del contrato, el hecho de invocar erróneamente un acto de competencia desleal, o cuando no se promueven por parte del franquiciante debidamente los productos. Aquí, mediante estas excusas se oculta un deseo de cambiar un concesionario por otro, así como se fabrica una ruptura en torno a falsos motivos.

Si la ruptura se produce en forma imprevista y acompañada de publicidad puede dar lugar a indemnización como lo ha estimado la jurisprudencia cuando por ejemplo se quitan los avisos exteriores y se retira el stock intempestivamente, perjudicando el buen nombre del comerciante frente a su clientela. (No ocurre lo mismo si el anuncio se hace discretamente del cambio de concesionario, y con el único fin de informar a la clientela de la marca).

Es muy difícil estimar las consecuencias pecuniarias de una ruptura abusiva y brusca del contrato. En ciertos contratos se establece por anticipación el monto o el porcentaje de lo que se debe pagar por ruptura abusiva del contrato. En estos casos los tribunales respetan las estipulaciones contractuales, pero en algunos casos entran a considerar si las cuantías son muy elevadas o muy bajas, teniendo en cuenta las circunstancias en que se desarrolla la ruptura.

CONCLUSIONES

La línea entre la concesión de venta y el franchising muchas veces se ve obstaculizada por los mismos contratantes. En efecto, al confrontarse dos estructuras contractuales atípicas, la autonomía de la voluntad puede utilizar cláusulas que pueden indistintamente ubicarse en uno u otro contrato.

Sin embargo, como afirma Giuseppe Fauceglia: "Ha sido admitido que mientras en las hipótesis normales la concesión de venta da lugar a una relación de colaboración entre sujetos, que sin embargo, se presentan siempre como autónomos y distintos a los ojos del público, el franchising recoge una serie de cláusulas dirigidas a atribuir al franchisor (franquiciante), mayores poderes de control sobre la organización y sobre la actividad del franchise (franquiciado) y a realizar una centralización de la actividad administrativa y contable. Esto lleva a una incorporación casi total de la organización del franchise (franquiciado) en la estructura distributiva del franchisor (franquiciante), creando una única entidad económica dirigida por el afiliante.

Todo esto, contrariamente a lo que podría creerse aplicando esquemas nacidos de la teoría de la "subordinación", supone una mayor participación del afiliado bien sobre un plano decisional en orden a las políticas del mercado, bien sobre un plano de las mejoras que el franchisor (franquiciante) debe de vez en cuando aportar al sistema.

Algunos estiman que el franchising es un contrato marco, "de contratos que previenen la celebración y ejecución de otros contratos que habrán de regirse por la pauta en ellos señalada, en donde se podría apreciar rasgos del denominado contrato normativo, que determina el contenido mínimo o pleno de un contrato futuro, que habrá de celebrarse entre las mismas partes o entre una de ellas y uno o varios terceros, sino que imponen su celebración, con lo cual participan de la función de contratos preparatorios, generadores de obligaciones de contrahendo. Esos contratos, derechamente de venta son autónomos considerados en sí mismos, pero delante del de agencia, concesión, etc., son contratos auxiliares de ejecución complementaria, cuyo contenido está predeterminado en aquellos, a plenitud o globalmente, susceptible de concreción, ajuste o alteración ulteriores. Se habla entonces de contratos marco, de contratos de apoyo, de contratos de aplicación, de contratos mixtos o de unidad cerrada" sintetiza el doctor Fernando Hinestrosa.

Por último y en relación con el porcentaje de participación de las franquicias en los mercados, las cifras no son del todo claras. Mientras la prestigiosa publicación *Lamy Droit Economique, Concurrence, Distribution, Consommation* en 1988, No. 3506, pag. 982 presentaba las siguientes cifras: en Francia el 8%, y en Estados Unidos el 33% del mercado total (salvo en ciertas actividades como las de los automóviles donde alcanza hasta el 80 %), el Director General de Desacol (Desarrollo Empresarial Colombiano), Javier Orlando Gordillo en una entrevista en el diario *la república* del 4 de enero de 1993, hablaba del 8% en España, el 35% en Francia, y el 50% en los Estados Unidos.